

# Observatorio de Contratación Pública

## Opinión

JOSE MARÍA GIMENO FELIU

### **La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores: la "vuelta" al derecho administrativo**

**La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con finalidad de regulación organizativa, tiene consecuencias prácticas en la legislación contractual que alteran los presupuestos sobre los que se ha articulado el régimen de la contratación de determinados organismos públicos.**

14/11/2016

Tradicionalmente, la consideración de organismo público, en cualquiera de sus modalidades o tipos, implicaba el régimen jurídico administrativo de sus contratos.

Como es sabido, el artículo 3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (TRLCSP), al delimitar el ámbito de aplicación, habilita una dualidad de regímenes jurídicos —administrativo o privado (artículos 19 y 20)— para los poderes adjudicadores según sean, o no, administración pública. El TRLCSP define quienes tienen consideración de Administración pública, y diferencia las reglas a aplicar en función de que el contrato sea, o no, de importe armonizado. De esta opción resulta un complejo entramado —y que parece un tanto oculto— cuya principal consecuencia es que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria), a quienes no son administración pública, se les exceptúa de las previsiones del TRLCSP (a modo de deslegalización) y se determina —artículo 191 TRLCSP—, que los mismos aprobarán manuales de instrucciones que den plasmación, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Esta «deslegalización procedimental», como se ha venido advirtiendo desde hace tiempo, ha resultado claramente distorsionadora, pues ha permitido la proliferación de distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que se han convertido en una barrera de entrada para los operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado, la cual, a su vez, favorece que aparezcan prácticas de naturaleza clientelar, que impiden el efectivo funcionamiento —por inadecuada concurrencia— de las economías de escala, lo que limita el principal objetivo de la reforma introducida por la Ley de Unidad de Mercado. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación.

Consciente de esa problemática, el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público ha optado por resolver esta patología al establecer la uniformidad jurídica procedimental al margen de la naturaleza o no administrativa del poder adjudicador y exigir que las Entidades Públicas Empresariales deberán actuar en régimen de mercado para poder tener la calificación de no Administración Pública a efectos de la Ley (lo que implica el régimen jurídico privado de la ejecución y cumplimiento de sus contratos).

Pues bien, la ley 40/2015 tiene incidencia práctica en la previsión del artículo 3.2 e) TRLCSP que establece que, a efectos de contratos públicos, las Entidades Públicas Empresariales estatales y sus análogas autonómicas y locales, no tendrán la consideración de Administración pública. Y ello porque **la Ley 40/2015 ha cambiado de forma sustancial los elementos para la calificación de un organismo público como Entidad Pública Empresarial** —en contraposición a la categoría de Organismo autónomo—, pues el artículo 103 condiciona la figura de Entidad Pública Empresarial a que se financie «mayoritariamente con ingresos de mercado». Es decir, si se compara esta previsión con la del artículo 98 relativa a Organismos autónomos, la única diferencia para su distinción es que la financiación mayoritaria provenga, o no, de ingresos de mercado. De tal manera que no es suficiente la distinción formal como «etiqueta» para la correcta interpretación del artículo 3.2 TRLCSP. Opción, por lo demás, que se contiene en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público al considerar que las Entidades Públicas Empresariales no tendrán consideración de Administración Pública, a efectos de contratación, si se financian con ingresos de mercado.

Solución lógica que pretende evitar la incorrecta utilización de formas instrumentales para eludir normas de Derecho Administrativo si no se realiza una actividad realmente mercantil.

Esto significa que cualquier Entidad Pública Empresarial del ámbito estatal y local ya existentes, como los Entes de Derecho Público a nivel autonómico, para merecer esta consideración, deben financiarse mayoritariamente con ingresos de mercado, pues de lo contrario no tendrán la consideración de Entidad Pública Empresarial a efectos contractuales lo que implica pleno sometimiento al TRLCSP con indiferencia del importe del contrato. Es cierto que la Ley en este aspecto no es básica, pero si el artículo 3 TRLCSP, y para configurar si un Ente público autonómico es o no Administración Pública habrá que comprobar si

existe un régimen análogo, tal y como, para Aragón, se advirtió en la Circular 1/2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón. Y ahora, sin duda, la nota esencial es que existan, o no, ingresos mayoritarios de mercado.

No basta, por tanto, la denominación formal pues, como dice expresamente la Ley 40/2015, la calificación como organismo autónomo o como Entidad Pública Empresarial se produce «Con independencia de cuál sea su denominación, cuando un organismo público tenga la naturaleza jurídica...». Es decir, **el elemento decisivo es la naturaleza del ente, y la financiación es factor esencial. Así, en estos momentos, cualquier organismo público estatal, autonómico o local que no se financie mayoritariamente (al menos la mitad) con ingresos de mercado, aunque formalmente no se haya configurado como organismo autónomo, deberá someterse a este régimen de contratación y no al de Entidad Pública Empresarial**, lo que supone la «vuelta a la casa de los principios y reglas del Derecho Administrativo»: régimen jurídico administrativo de sus contratos y aplicación de los procedimientos del TRLCSP (ya no son válidas las Instrucciones ex artículo 191 TRLCSP).

Las consecuencias prácticas de la nueva situación, aun con la previsión de la Disposición Transitoria Segunda, son evidentes, pues la no adaptación a estas nuevas exigencias por entes que hasta ahora se acogían a la excepción del artículo 3.2 para las Entidades Públicas Empresariales, comportará la nulidad de pleno derecho de todos sus procedimientos y adjudicaciones.

Otra importante novedad es la relativa a la consideración de los **medios propios que contiene el artículo 86** de la Ley 40/2015. Este precepto, que **no tiene carácter básico**, sin embargo deberá incorporarse en términos similares a la normativa de contratos públicos, pues la cooperación vertical mediante medios instrumentales se regula en las Directivas de contratación pública y por ello, por ser Derecho europeo, debe tener alcance básico.

Los requisitos que ahora se exigen, aunque solo para el Estado, son la **disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social**, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, y que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Esta regulación limita, acertadamente, la utilización de la técnica del medio propio, adecuándola a su finalidad auto-organizativa y evitando la creación de “medios propios formales” con la intención de huir de las reglas y principios del derecho administrativo.

Finalmente interesa destacar la previsión de la Disposición Adicional Cuarta, que advierte de un plazo de adaptación y donde se afirma que las entidades que no tuvieran la consideración de poder adjudicador, preservarán esta especialidad en tanto no se oponga a la normativa comunitaria. Esto significa, lógicamente, **que prima, en todo caso, el concepto funcional de poder adjudicador configurado por el Derecho europeo, tal y como sucede, por ejemplo, con la configuración de un ente como medio propio que, per se, tendrá consideración de poder adjudicador**. Así se ha advertido, para la gestión de los mercados municipales a través de empresas públicas configuradas como medios propios, en la Resolución 23/2015 del Órgano de Recursos Contractuales del País Vasco, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 104/2015 y la Resolución 125/2016 Tribunal de Contratos Públicos de Madrid.

Conviene, en todo caso, recordar la importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva de contratación pública de 2014: “El concepto de «poderes adjudicadores», y en particular el de «organismos de Derecho público», han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.”

Esto significa que cualquier entidad configurada como medio propio tendrá, en todo caso, la consideración de poder adjudicador y no podrá defender o argumentar que prima un carácter mercantil, pues, como ha insistido el TJUE aun una actividad mercantil, si es de interés general, se considera poder adjudicador (desde la STJUE de 10 de noviembre de 1998, Asunto C-360/96. BFI Holanda, es indubitado que se está en presencia de un poder adjudicador cuando la función o actividad, aunque fuera industrial o mercantil, es de interés general). Y sin riesgo empresarial, por cierto, ya no existe actividad industrial o mercantil (STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA).

En definitiva, **la nueva regulación estatal sobre el sector público tiene, hasta la efectiva transposición de las Directivas de contratación pública, un destacado impacto sobre las reglas jurídicas aplicables a la contratación de determinadas entidades del sector público, que deben acomodar de forma inmediata su práctica a estas nuevas reglas jurídicas**. Se evita, así, la huida de los principios propios, mediante la técnica de la privatización de formas, imponiendo un criterio funcional corrector que debe dotar de coherencia al modelo organizativo público español.



## ARTÍCULOS DE OPINIÓN RELACIONADOS

### La figura del "concierto social" tras las Directivas europeas de contratación pública

---

### Servicios jurídicos, intervención y contratación pública

---

© 2011 Observatorio de Contratación Pública